L'obligation de *praestare* et la responsabilité contractuelle en droit romain (*)

par Riccardo CARDILLI

à la mémoire du Professeur
Giovanni Pugliese

RÉSUMÉ: 1. La notion de *praestare* chez les romanistes.– 2. *Praestare* dans le sens de *stare praes*: locution technique du latin juridique du IIème siècle av. J.-C. – 3. Le sens le plus ancien de *custodiam praestare*: des *veteres* à Labéon. – 4. Le débat des juristes du Ier siècle av. J.-C. - Ier siècle ap. J.-C.: A) Q. Mucius Scaevola et la règle du *culpam praestare*; B) Servius Sulpicius Rufus et ses *auditores*: la possibilité de reconnaître un *vim praestare* du débiteur; C) Labéon: le *dolum et culpam praestare* et la charge du *periculum*; D) Les premiers Proculiens – 5. La *regula* classique: A) De Sabinus à Celse et Julien; B) La *regula* de D. 50,17,23 comme *regula iuris antiqui*. – 6. Conclusions.

---

*) Je voudrais ici remercier Jean-François GERKENS pour la relecture et la correction du texte en français. [Il presente lavoro si inserisce nel programma di Ricerca del MURST. Dipartimento di Storia e Teoria del Diritto; Università di Roma "Tor Vergata"].

1. LA NOTION DE *PRAESTARE* CHEZ LES ROMANISTES

La question du *praestare* en tant qu'objet de l'*obligatio* romaine, à côté du *dare* et du *fac*ere, est une question typiquement moderne, dans le sens où elle est propre à la science juridique des XIXème et XXème siècles, période pendant laquelle la nouvelle lecture de *praestare* dans le sens de *teneri*, *haften*, *rispondere*, répondre etc. ainsi que la notion de prestation entièrement fondée sur le *dare*, sur le *facere* et le *non-facere*, imposent un approfondissement du troisième élément que les juristes romains cherchent dans la *substantia obligationum*.

Tant les *Institutiones* de Gaius (IV,2) que celles de Paul (D. 44,7,3 pr.) décrivent l'objet de l'obligation romaine par les trois verbes: *dare, facere* et *praestare*. Nous trouvons le même schéma, avec en plus *restituere*, dans la *lex de Gallia Cisalpina* de 49-42 av. J.-C. (Caput XXII,31) ([1]) et dans la *lex Irnitana* de l'époque de Domitien (LXXIX,50; LXXXIII,48) ([2]). Ces sources, par le biais de traditions indépendantes, mettent en évidence une notion homogène de *praestare* comme objet de l'obligation.

---

1) F.J. BRUNA, Lex Rubria. *Text, Übersetzung und Kommentar mit Einleitungen, historischen Anhängen und Indizes*, Leiden (1972), pp. 214-217 (l'auteur nie cependant l'autonomie sémantique de ce verbe par rapport au *dare* et au *facere*).

2) V. le "lessico" de la loi dans: F. LAMBERTI, Tabulae Irnitanae. *Municipalità e* ius Romanorum, Napoli (1993), p. 514.

Les romanistes éprouvent cependant des difficultés à préciser le sens de ce verbe, et en particulier si le *praestare* a une valeur sémantique précise en tant qu'objet de l'*obligatio* dans la tripartition en question. Une valeur sémantique, qui a empêché que ce verbe ne soit englobé dans le *dare* (Cels. D. 50,16,94) ou dans le *facere* (Pomp. D. 50,16,175) (3), comme l'a été, en revanche, le *reddere*.

---

3) Plus récemment, voir Th.G.L. MAREZOLL, *Über dare, facere und prästare als Gegenstand der Obligationen*, dans *RheinZ.* 10 (1837), pp. 219 ss.; F.K. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin (1841), pp. 598-604; Ph.E. HUSCHKE, *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, dans *ZGR(echtswissenschaft)* 13 (1846), pp. 248 ss.; A.F. RUDORFF, *Über die Pfandklagen*, dans *ZGR.* 13 (1846), pp. 181 ss. (en particulier p. 187 n. 9); F.A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts*, III, Leipzig (1846), p. 5 n.t; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II.1, Erlangen (1879^2), § 238, p. 92; R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig (1888^4), pp. XXIV-XXVI; G. HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen (1875), pp. 162-163; C. FADDA, *Teoria generale delle obbligazioni (Lezioni di diritto romano)*, Napoli (1901-1902), pp. 23-24; C. FERRINI, *Teoria generale delle obbligazioni (Corso 1899-1900)*, Pavia, p. 44; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano IV, Le obbligazioni*, Rist. a cura di G. BONFANTE - G. CRIFÒ, Milano (1979), pp. 47-48; R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni (parte generale). Corso di lezioni di diritto romano (1920-1921)*, Napoli (1921), pp. 51-52; R. MAYR, Praestare, dans *ZSS.* 42 (1921) *R.A.*, pp. 198-227; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II. Römisches Privatrecht*, Berlin (1928), pp. 238-239; G. SEGRÉ, *Concetto e genesi della obbligazione (Corso di diritto romano 1928-1929)*, Torino (1929), p. 136; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni* I, Milano (1936), pp. 192-197; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationbegriff*, II, Uppsala - Leipzig (1941), pp. 267-268; p. 317; F. PASTORI, *Profilo storico e dogmatico dell'obbligazione romana*, Milano - Varese (1951), pp. 146 ss.; ID., Dare facere praestare *(dir.rom.)*, dans *NNDI.* 5 (1960), pp. 156 ss.; ID., *Appunti in tema di* sponsio *e* stipulatio, Milano (1961), pp. 266 ss.; ID., *Concetto e struttura dell'obbligazione nel diritto romano (Corso 1968-1969)*, Milano, p. 209; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* II,1, Padova (1962), p. 4; G. GROSSO, *Obbligazioni*, Torino (1966^3), p. 5 e pp. 29 ss.; P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette). Il contenuto dell'*obligatio, I,1,

Les *antecessores* des écoles juridiques d'Orient n'adoptent pas une orientation unitaire. Ils préfèrent parfois l'idée de "répondre de quelque chose" (l'ἀπαιτεῖσθαι de Cyrillus dans la sc.῎Εντα à μόνον τοῦ δεδωκότος, B. 13,1,5,2 = D. 13,6,5,2), parfois celle d'"être tenu" (le κατέχεσθαι de Stephanus dans la sc. Σημείωσαι à εἰ δὲ μισθὸν ἔλαβεν, B. 13,1,5,2 = D. 13, 6,5,2).

Pour les Glossateurs et les Commentateurs la reconnaissance du *praestare* signifie la reconnaissance du lien, de la sujétion du débiteur aux conséquences de l'inexécution. Le verbe s'entend donc dans le sens de *teneri* ([4]).

Avant DONEAU ([5]) cependant, personne n'a posé la question du sens et du rapport entre les différents compléments d'objet et

---

Milano (1969), p. 42; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa (Corso di diritto romano 1967-1968)*, Milano, pp. 8 ss.; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania (1996), pp. 123 ss.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, München (1971²), p. 489; F. STURM, Stipulatio Aquiliana, München (1972), p. 123; M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir.rom.)*, dans *ED*. XXIX (1979), p. 30 et n. 200. Pour un tableau synthétique des différentes interprétations, voir R. CARDILLI, *L'obbligazione di* praestare *e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano (1995), pp. 8 ss.

4) Par exemple: gl. *contractus* à D. 50,17,23; gl. *praestari* à D. 50,16,71,1; gl. *vis* à D. 19,2,15,2; AZO, *Brocardica Aurea*, Neapoli (1568; rist. anast. Torino 1967), ff. 19-21; f. 116; BART. A SAXOF., *In secundam Digesti veteris partem comm.*, Venetiis (1575), f. 76, Lex V, § nunc videndum (D. 13,6,5,2); ID., *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis (1575), f.140, Lex V § quae fortuitis (C. 4,24,6).

5) DONELLUS, *Commentarii juris civilis*, dans *Opera Omnia* (ed. Maceratae 1830), IV, coll. 682 ss.; *Commentarii in Codicem Iustiniani*, dans *Opera Omnia* cit.,VIII, coll. 31-32. V. ce que j'ai écrit dans *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 4-6.

le verbe dans les limites de la responsabilité contractuelle. Autrement dit, faut-il donner un sens unique à *praestare* dans les séries *dolum et culpam et diligentiam et custodiam praestare* ou non?

Dans les développements du débat, de DONEAU à VOCI, de JHERING à BONFANTE, de GROSSO à CANNATA, deux interprétations se dégagent: il y a d'une part les auteurs qui accentuent la nature amphibologique du verbe, ce qui permettrait d'unir des situations différentes comme celles du *dolum et culpam praestare*, qui renverraient au 'répondre', et celles du *diligentiam et custodiam praestare*, plus directement liées à une 'prestation' (6); d'autre part, les auteurs qui pensent reconnaître une signification unique (7).

---

6) DONEAU parle de 'métonymie' dans l'usage du verbe quand les compléments d'objet sont le dol, la faute et le *casus*: "Dicere solemus in commodato, in pignore, et in omnibus contractibus, in quibus utriusque et creditoris et debitoris, aut solius debitoris utilitas versatur, dolum et culpam praestandam esse, casum fortuitum praestandum non esse, L. si ut certo, § nunc videndum, D. commod. [D. 13,6,5,2]. Haec omnia uno sensu. sed dicimus praeterea in his omnibus diligentiam esse praestandam... Hoc vero, ne erremus, eodem sensu non dicitur. Diligentiam praestandam esse cum dicimus, significatur diligentiam esse adhibendam... Cum autem dicimus dolum, culpam, casum praestari, contrarium significatur. nos non dicimus adhibendum esse dolum, adhibendam esse culpam, aut adhibendum casum, sed contra significatur, haec omnia removenda esse, et propter haec debitorem teneri. Quid ergo his verbis intellegimus? respondeo: dolum culpam casum fortuitum praestare locutio est non propria, sed figurata ubi caussa ponitur pro effectu, μετωνυμικῶς; dolus pro damno dolo dato, culpa pro damno culpa dato, casu pro damno quod casu fortuito contingit. Itaque hic sensus est: culpa et dolus praestanda sunt, id est damna et culpa dolo contingentia praestanda sunt. item casus fortuitus praestandus non est... casus fortuitos non praestari, haec sententia exprimitur, si res casu fortuito vel perempta,

Il ne fait aucun doute que pour les Romains, le *praestare* est considéré comme un objet possible de l'obligation même si sa signification ne se limite pas aux comportements du débiteur. La question de savoir dans quel cas il s'agit d'une prestation — et quand d'une responsabilité — pourrait être conditionnée par la dogmatique de la science juridique des siècles derniers. L'explication doit en être recherchée à la fois dans les interprétations qui compriment les contenus de l'obligation dans le *dare* et dans le *facere*, comme le fait par exemple celle de POTHIER, qui a eu tant d'importance dans l'histoire du droit romain codifié ([8]), et dans le sens du mot 'responsabilité' par rapport aux usages du verbe 'répondre' ([9]).

Le statut de garant évoqué par *praestare* dans le sens de *stare praes* — situation objective de garantie expressément promise au moment de la conclusion du contrat ou reconnue par l'*interpretatio prudentium* dans un lien obligationnel déjà né — est, en revanche, ressenti par les juristes romains comme un objet

---

aut amissa, vel deterior facta sit, debitorem non teneri, sed eatenus liberari", DONELLUS, *Comm. in Codicem* cit., coll. 31-32.

VOCI parle de nature 'anphibologique' du verbe, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. *I dati fondamentali*, dans *SDHI*. LVI (1990), pp. 123-124.

7) Sens qui trouverait son unité dans le *stare praes*, comme "garantire e rispondere" (G. GROSSO, *Obbligazioni*³ cit., p. 33) ou comme "assicurare" (C.A. CANNATA, *Per lo studio* cit., pp. 8-9; v. pourtant du même auteur, *Sul problema della responsabilità* cit.).

8) J. POTHIER, *Traité des obligations*, dans *Oeuvres*, II, Paris (1848), p. 61.

9) Voir S. SCHIPANI, Lex Aquilia. Culpa. *Responsabilità*, dans *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Atti Copanello (1990), pp. 159 ss.

indépendant de l'obligation à coté du *dare* et du *facere*, bien qu'il n'exprime pas nécessairement un comportement du débiteur.

2. *PRAESTARE* DANS LE SENS DE *STARE PRAES* COMME LOCUTION TECHNIQUE DU LATIN JURIDIQUE DU IIème SIÈCLE AV. J.-C.

Le verbe *praesto -stiti -stitum -stare* prend différentes significations dans les sources latines: cela va de 'être avant' à 'dépasser', en passant par 'fournir' et 'prêter'. Ces significations reviennent souvent dans les sources littéraires (il y a aujourd'hui un recueil exhaustif et un classement dans le *Th.l.L.* verbo *praesto*) ([10]).

Au contraire, *praestare* dans le sens de 'garantir', expression de l'idée de *stare praes*, indépendamment des questions d'étymologie ([11]), est un mot du latin juridique ([12]), et en particulier du latin des juristes du IIème siècle av. J.-C. On trouve

---

10) J. RAMMINGER, v. 'Praesto', dans *Thesaurus linguae Latinae* X,2,VI (1991), coll. 906-928.

11) Les linguistes hésitent entre une forme originaire unitaire de *prae stare*, avec un extension progressive de ses significations (ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris [1979⁴], p. 532; É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris [1969], pp. 195-197; J. RAMMINGER, vc. 'Praesto' cit., col. 913, 29-36) et une double forme originaire, *prae stare* et *praes stare* (FORCELLINI, *Totius latinitatis lexicon*, IV, pp. 826-827; F. BÜCHELER, *Altes Latein*, dans *Rh.M.* 52 [1897], pp. 396 ss.; WALDE - HOFFMANN, *Lateinisches etymologische Wörterbuch*, Heidelberg [1954], II, p. 355).

12) Sur la question, v. les *Atti del convegno internazionale "Il latino del diritto"*, Perugia (8-10 ottobre 1992), a cura di S. SCHIPANI - N. SCIVOLETTO, Roma (1994).

un premier témoignage de cette acception dans le lexique jurisprudentiel, et en particulier dans les formules des *stipulationes incerti* pour les ventes d'animaux (*'noxis praestari spondes'* Varr. *de re rust.* II,4,5; II,5,11), dans les *sententiae* "rispondenti e giudiziali" pour l'inexécution des obligations (*dos*: *'praestari oportere'* Publ. Mucius in D. 24,3,66 pr. ([13]); vente: *'damnum praestari oportere'* Cato pater Uticensis in Cic. *de off.* III,16,66 ([14]); et commodat: *'custodiam praestare' veteres* in D. 13,6,5,6; 5,9; v. *infra* cap. 3).

Il faut souligner que pour toutes ces obligations, nous savons avec certitude que les *formulae* des actions correspondantes ne contenaient pas le verbe (*'quidquid sibi dare facere oportere'* pour la *stipulatio* d'un *incertum*, *'reddere oportere, quod eius aequius melius erit...'* pour l'*actio rei uxoriae*; *'quidquid sibi dare facere oportere ex fide bona'* pour l'*actio empti* et *'reddere'* pour l'*actio commodati in factum concepta*). Je pense que le point de départ doit être celui-là. Telle doit être la perspective dans laquelle il faut lire l'affirmation de Gaius: "*intendimus dare facere praestare*

13) La *sententia* semble être fidèle non seulement dans la substance, mais aussi dans la forme (en sens contraire C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. [1996], pp. 134-135). On déduit ceci du *ait* qui suit le *statuit* , et qui n'est pas une tautologie (P. BONFANTE, *Corso* cit., *I. Diritto di famiglia*, p. 454), mais l'indice d'une citation littérale de la *sententia P. Mucii*, que les *Posteriores* de Labéon, épitomés par Javolène, auraient sûrement hérités du *liber de dotibus* de Servius Sulpicius Rufus; F. BONA, *Sulla fonte di Cicero,* de or. I,56,239-240 *e sulla cronologia dei* decem libelli *di P. Mucio Scevola*, dans *SDHI*. 39 [1973], pp. 469-470 n. 143; A. SCHIAVONE pense aussi aux *XVIII libri iuris civilis* de Q. Mucius Scaevola, *Giuristi e nobili nella Repubblica romana*, Bari (1987), p. 21.

14) Sur les questions posées par l'*exemplum* cicéronien, v. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 154-162.

oportere" (Gai. IV,2), qui risque d'égarer — historiquement — ce mouvement qui part du lexique des juristes et va jusqu'à l'Édit du préteur (Ed. '*de mancipiis emundis vendundis*': "... '*quod eius praestari oportere dicetur*' ..."; D. 21,1,1,11 e Gell., *Noct. Att.* 4,2,1) (15) et, peut-être, à certaines *formulae* d'actions (16).

Le sens qui émerge de ces usages est l'idée de *stare praes*, qui, initialement, n'a pas le sens de 'garant' au sens large, mais prend probablement le sens de 'garant' particulier, tel qu'on le retrouve dans les anciens *praedes*, d'après l'usage du verbe en relation aux *noxae* dans les *stipulationes* de garantie du *de re rust.* de Varron (17). Malgré cela, c'est tôt que *praestare* prend la signification d''être garant' au sens large, de manière à désigner: à la fois la situation de garantie qui se promet explicitement à la première personne ou, comme le passif *praestari* le laisserait imaginer, par quelqu'un d'autre en relation à la modalité d'être de la chose vendue (D. 21,2,31), de même que la situation de

---

15) Pour la question de l'histoire de l'édit *de mancipiis emundis vendundis* (v. récemment L. MANNA, Actio redhibitoria *e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto* de mancipiis vendundis, Milano [1994], pp. 11 ss., qui pense que l'Édit est du deuxième siècle av. J.-C.) qu'il n'est pas possible d'aborder ici, l'interpretation du "*quod eius praestari oportere dicetur*" est, à mon avis, très importante. Il semblerait cependant émerger un passage de l'élaboration cautélaire de promesses formelles en rapport aux modalités d'être de la chose vendue, dans lesquelles le *praestari* joue un rôle toujours plus central, dans l'Édit du préteur et au départ de celui-ci, à nouveau dans la technique d'argumentation des juristes (v. Ulp. *ad Sab.* D. 21,2,31).

16) Sur le *praestare* dans les *formulae*, v. O. LENEL, EP^3, p. 208 (*a. familiae erciscundae*), p. 211 (*a. communi dividundo*), p. 297 (*a. pro socio*?); D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Como (1992), pp. 48-49 e n. 143 (*a. pro socio* ?), p. 53 (*a.f.e.*), p. 54 (*a.c.d.*).

17) Pour cette interprétation, v. mon point de vue dans *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 126 ss.

garantie que l'on trouve dans les rapports obligationnels civils (*oportere*) ou prétoriens, dans le cas de l'inexécution, sur base de certains présupposé qui sont considérés comme nécessaires (*dolus, culpa* et *custodia*).

Du point de vue du problème de la responsabilité tirée de l'inexécution, c'est ce deuxième usage qui prend une grande importance et qui marque l'histoire de l'institution, dans la mesure où le contractant qui se lie *ex contractu* à *dare facere* ou à *reddere*, est tenu implicitement de *dolum / culpam / custodiam praestare*.

Enfin, il faut souligner deux points: d'une part, l'utilisation, dans la terminologie des juristes de cette période, de concepts comme *dolus, culpa* et *custodia* pour reconnaître l'existence du *stare praes*. Cet élément nous oblige à considérer avec attention les *responsa* de Q. Mucius Scaevola, dans la mesure où il intervient dans un débat déjà entamé dans la *iurisprudentia* et dans lequel reviennent des concepts comme *praestare*, *dolus*, *culpa* et *custodia*. D'autre part, l'antériorité de la forme passive *praestari* par rapport à la forme active *praestare* dans les rapports obligationnels protégés comme *oportere* (dans l'*actio ex stipulatu* comme *oportere* pure; dans l'*actio rei uxoriae* comme *oportere* lié dans la *condemnatio* au *aequius melius*; dans l'*actio empti* comme *oportere ex fide bona*) marque la nature de ce concept comme concept du *ius civile*, bien que les témoignages sur le commodat pourraient faire penser qu'il a été utilisé très tôt à l'actif dans les

rapports obligationnels protégés par le droit issu de l'*imperium* ([18]) du préteur.

3. Le sens le plus ancien de *custodiam praestare*: des *veteres* à Labéon.

Je voudrais brièvement revenir sur la question.

Le juriste le plus ancien, cité directement dans le Digeste, et qui utilise le terme de *custodiam praestare* est Labéon (D.19,2,60,9). Nous n'avons pas de *responsa* de Q. Mucius, de Servius Sulpicius Rufus ni d'aucun autre jurisconsulte antérieur à Labéon, qui utilise la construction syntactique *custodiam praestare* ([19]).

On pourrait en déduire, à tort, que *custodiam praestare* est un concept qui a fait irruption dans le vocabulaire des juristes situés entre le Ier siècle av. J.-C. et le Ier siècle ap. J.-C., et donc que les *veteres* dont nous parle Ulpien dans D. 13,6,5,6 et 9, soient précisément de cette période ([20]).

---

18) 'Pourraient faire penser' parce qu'un seul des deux témoignages d'Ulpien concernant les *veteres*, celui du *responsum* sur le *pullus* de la jument prêtée, utilise la construction active *custodiam praestare* (D. 13,6,5,9). L'autre, en revanche, sur le *dubium veterum* pour le cas de l'esclave prêté utilise *an... custodia praestetur*.

19) Chez Alf. D. 19,2,29, le verbe a le sens de garder comme *curare vel operam dare, ne quis <silvam> caederet*.

20) Fr. Horak, *Wer waren die* veteres?, dans *Festschr. Wesener* (1992), p. 210, propose cette conclusion en raison de Ulp. D. 13,6,5,11, où par le *huiusmodi* il serait fait référence aux juristes des paragraphes consécutifs (Labéon, Cartilius et Celse fils), ce qui obligerait à considérer de la même

Je pense, au contraire, que nous avons des témoignages qui vont à l'encontre de cette conclusion.

Les cas examinés par Labéon sont relatifs au vol de biens meubles inanimés (*res* à déposer dans les *horrea* [D. 19,2,60,9] et, probablement, habits donnés en location au *fullo* [D. 19,2,60,2]) ([21]).

L'hypothèse pour laquelle les *veteres* reconnaissent, en revanche, avec certitude l'obligation de *custodiam praestare* est celle du commodat du cheval (D. 13,6,5,9). Les témoignages les plus anciens (deuxième siècle av. J.-C.), concernant les commodats sont univoques sur la question du commodat des chevaux, c'est-à-dire des *res mancipi, res pretiosiores* du *pater familias*: Iunius Brutus pour le *furtum usus* ("*...Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse qui iumentum aliorsum duxerat quam quo utendum acceperat...*"; Aul. Gell. *noct. Att.* VI,15,1); Q. Mucius Scaevola (Aul. Gell. VI,15,1; et "*Si commodavero*

époque les *veteres* des paragraphes 6 et 9 du même fragment. Il me semble, pourtant, que les juristes cités dans les §§ 12, 13, 14, 15 soient uniquement les juristes dont Ulpien accepte la solution qui clôt le débat ouvert par les *veteres*. Nous avons des cas analogues dans Ulp. D. 7,8,10,3; D. 12,5,6; FV. 1; D. 41,2,3,18. On a pensé, justement, à une intervention 'privative' des Compilateurs, destinée éliminer la citation des juristes anciens; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità* cit., pp. 268-269 n. 2.

21) Il est intéressant de noter que la reconnaissance du *custodiam praestare* dans le louage n'est pas générale, mais limitée aux cas dans lesquels le "custodire e sorvegliare" est implicite dans la mise à disposition — contre rémunération — d'espaces fermés pour le dépôt des choses d'autrui (*horrearius*), ou dans l'obligation principale, qui ne pourrait pas autrement être réalisée (*fullo*); à propos de ces sources, v. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 369-375, et la bibliographie qui y est citée.

tibi equum, quo uteris usque ad certum locum..." D. 13,6,23); les *veteres* ("*...si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset*"; Gai. III,196); v. aussi l'*exemplum* de Val. Max. 8,2,4, du cheval prêté pour aller à Aricia ([22]).

La réalité socio-économique sous-jacente à la naissance du *custodiam praestare* chez les *veteres* nous reporte à une époque antérieure à celle de Labéon, et probablement même précisément à l'époque de la reconnaissance d'une protection propre au commodat (IIème - Ier s. av. J.-C.) ([23]).

Dans l'hypothèse de D. 13,6,5,9 les *veteres* ne doutent pas que le commodataire d'une jument soit tenu de *custodiam praestare*. Plus précisément, ce principe était déjà acquis, et on se demandait si cette obligation pouvait être étendue aussi au poulain de la jument empruntée.

Nous devons, maintenant, éclaircir le sens que prenait *custodiam praestare* pour les *veteres*. Du point de vue lexical, *custodia* est l'activité du *custos*, c'est-à-dire garder une chose afin de la surveiller ([24]). À dire vrai, la nature de la chose peut

---

22) *Multus sermo eo etiam iudicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, quod equo, cuius usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset.*

23) Voir P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del* commodatum, Milano (1983), pp. 70 ss.; du même avis sur ce point F. PASTORI, Rc. *Iura* 34 (1983), pp. 238-239; W. LITEWSKI, Rc. a Tafaro, Regula, *ZSS*. 108 (1988), p. 870; de même MAYER-MALY, *ZSS*. 105 (1985), p. 662, qui critique encore d'autres points, parle ici de "Wahrscheinlichkeiten".

24) A. METRO *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano (1966), pp. 8-13.

influencer la manière dont la garde elle-même doit être exercée. Par exemple, pour les choses inanimées (habits, objets d'autres genres) la garde vise à empêcher que des facteurs 'extérieurs' ne causent la perte ou la disparition de la *res*. Pour les choses qui *per se* sont douées de mobilité (animaux), il faut ajouter aux facteurs 'extérieurs', les facteurs 'intérieurs'. Pour les esclaves enfin, la 'mobilité' est jointe à l'intelligence, ce qui implique nécessairement qu'un sort particulier leur soit réservé, par rapport aux autres *res commodatae.*

Le *praestare* dans la construction examinée peut être entendu, abstraitement, soit dans le sens de 'fournir', soit dans le sens de 'garantir'. Mais, si l'on pense à un 'fournir la garde' générique, nous ne pouvons plus comprendre les raisons du doute des *veteres* au sujet du commodat des esclaves (D. 13,6,5,6). Si l'on donne à 'garder', sens qu'évoque *custodiam praestare*, la signification générique d'activité de surveillance (évaluée en fonction d'un paramètre objectif, tel que le *custos* ou le *custos* diligent) ([25]), il devient impossible de comprendre pourquoi le commodat d'un cheval est évalué différemment de celui d'un esclave, a priori et non a posteriori (c'est-à-dire abstraitement, et non pratiquement, par l'évaluation de la façon dont on a exercé la garde de la chose perdue).

La garde à laquelle pensent les *veteres*, quand ils utilisent le substantif *custodia* dans la formulation *custodiam praestare* est donc, une garde 'typique', c'est-à-dire non seulement une

---

25) Voir R. ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., les conclusions pp. 413 ss.; P. VOCI, 'Diligentia' cit., pp. 62-86.

conduite, mais aussi l'événement particulier que cette conduite doit éviter. C'est cela la raison du décollement sémantique entre l'obligation de garde (*custodia*-matérielle) et *custodiam praestare* (*custodia*-technique). Ceci détermine également le fait qu'il faille appliquer une règle diférente, selon qu'il s'agisse d'un cheval ou d'un esclave.

Je pense, enfin, que du point de vue syntaxique, *custodiam praestare* pourrait être un terme technique, dissimulant une ellipse; ellipse qui cacherait deux moments logiques: d'une part la garde en particulier, qui n'a pas été accomplie parce que concrètement elle n'est pas apte à éviter l'événement typiquement individualisé, et d'autre part *praestare*, en tant que situation de garantie du débiteur, reconnue pour cette raison. D'un tel passage logique, attesté par exemple pour *culpam praestare* (v. les *sententiae* de P. Mucius au D. 24,3,66 pr., et de Q. Mucius au D. 13,6,5,3) [26], on pourrait trouver un léger indice, dans la forme *custodia praestari* évoquée par l'*an... custodia praestetur* de Ulp. D. 13,6,5,6, où on cite le *dubium veterum* pour le commodat d'esclaves.

Nous en arrivons maintenant à l'événement à éviter. Si on pense à une garde destinée à éviter des facteurs 'extérieurs' (garde-protection) qui rendent impossible la restitution de la chose prêtée, la nature de la *res* ne devrait pas conditionner la reconnaissance de l'obligation de *custodiam praestare*. Le

26) P. Mucius: "...*quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere*" (D. 24,3,66 pr.); Q. Mucius: "*culpam praestandam...*" (D. 13,6,5,6).

commodataire d'un cheval, comme celui d'un esclave, doit garder et protéger la chose prêtée contre les facteurs extérieurs qui peuvent la détruire ou la détériorer (27).

Si, au contraire, nous pensons à une garde de la chose tendant à la protéger contre les facteurs 'intérieurs' de la *res* gardée, comme par exemple la prédisposition à la fugue, le *dubium veterum* est clair. L'esclave a, en effet, la même mobilité que le cheval, mais a en plus l'intelligence. C'est la faculté de raisonner qui permet d'utiliser l'esclave à des tâches qui demandent une capacité autonome de jugement et une indépendance de mouvement.

Si nous tenons compte, enfin, de la complexité du système de contrôle du propriétaire, fait à la fois de châtiments et de récompenses, par lesquels le *dominus* crée un lien très fort de 'fidélité' et 'obéissance' de l'esclave, nous pouvons comprendre aisément pourquoi le commodataire d'un esclave ne doit pas assumer le 'péril' de la fuite, contrairement au commodataire d'un cheval (28).

Ceci explique l'élaboration consécutive de la règle d'après laquelle seul le commodat des *servi vincti*, c'est-à-dire des

---

27) F. PASTORI, *Il commodato in diritto romano*, Milano (1954), pp. 255-256, pense cependant que le *dubium veterum* est lié au vol, en raison du fait qu'il serait impossible de penser au vol d'esclave, qui est une *rapina* (c'est-à-dire une *vis*) ou une fuite. Cette hypothèse interprétative ne tient pas compte des sources qui parlent de *subreptio servorum* (D. 47,2,36 pr.,2,3; 14,5-7; 83,2; PS. 2,31,12) et qualifient l'esclave qui s'enfuit de *fur sui* (D. 47,2,61).

28) M. KASER, *Die* actio furti *des Verkäufers*, dans *ZSS*. 96 (1979), p. 110, parle de "Gefahr" qui "in der Sklavenhaltung inbegriffen ist".

esclaves mis aux fers — ce qui constitue un indice non d'un vol potentiel, mais de sa prédisposition à la fugue — faisait naître une obligation de *custodiam praestare*, comme il en allait normalement pour le prêt d'un cheval.

Le champ d'application initial de l'obligation de *custodiam praestare* dans les *responsa* des *veteres* est fortement délimité: il s'applique uniquement au commodat de *res pretiosiores* du *pater familias* (chevaux, juments et quelque fois esclaves), et exprime le fait que le commodataire est tenu de la perte résultant de la fuite de la *res commodata*.

Nous pouvons donc conclure que le *custodiam praestare* des *veteres* est très éloigné du *custodiam praestare* de Labéon, en ce qui concerne le vol des choses mobilières et inanimées.

Ce tableau est cohérent et explique bien pourquoi:

a) Q. Mucius, qui formule la règle générale pour le commodat, ne parle pas de *custodiam praestare*, mais seulement de *culpam et diligentiam praestare* dans le chef du commodataire (D. 13,6,5,3), si l'on admet que le *custodiam praestare* était un aspect particulier, relatif seulement à un certain nombre des *res commodatae* et à un événement précis (la fuite) ([29]);

---

29) Il n'est pas nécessaire de penser à la suppression du *custodiam praestare* dans cette source, car si Q. Mucius le connaît certainement comme obligation du commodataire, son importance limitée rend inutile qu'il soit mentionné, dans le contexte d'une première tentative de synthèse du contenu du *praestare* normal (*dolus et culpa*) d'un commodataire, pour n'importe quel objet du commodat. Pour C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., pp. 156 ss., il y aurait des arguments logiques et textuels imposant de conclure que "Q. Mucio non poteva tacere della responsabilità per *custodia*" (p. 164). L'argumentation de cet auteur, qui suit une lecture très pointilleuse

b) Alfenus Varus ne parle pas de *custodiam praestare* dans le cas d'un vol de bois vendu (D. 18,6,15,1), si l'on admet qu'à cette période il n'existait pas encore de *custodia* technique parmi les obligations du vendeur, auquel Alfenus fait supporter le *periculum* du vol survenu avant l'exécution de son obligation principale (*possessionem tradere*) en raison du fait qu'il est propriétaire (*dominus*) de la chose mobilière au moment du vol ([30]).

La période qui sépare les *veteres* de Labéon masque l'extension du sens originaire du *custodiam praestare*, obligation qui est reconnue pour toutes les choses prêtées, et non plus seulement pour les *res mobiles et mancipi*, comme les chevaux ou les esclaves *vincti*, et dans tous les cas pour lesquels la chose

---

du fragment d'Ulpien, me semble souligner des incohérences dans le discours du juriste de l'époque des Sévères (v. aussi *infra* 5.B), mais il les transpose ensuite à l'époque de Q. Mucius, pour laquelle une motivation explicite et systématique relative à l'*utilitas* du § 2 n'est pas sûre. Pour le juriste républicain, le commodataire répond, en règle, de son dol et de sa faute. Cela n'a donc pas de sens, en pareil contexte, de mentionner également la signification particulière que prend 'répondre' dans le cas de la fuite sans faute du cheval et des esclaves *vincti* du commodataire.

30) Sur la position particulière du vendeur par rapport au *custodiam praestare* en raison du fait qu'il est *dominus* de la *res custodienda*, v. R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, Bruxelles (1988), pp. 343 ss. V. aussi *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 298 ss., bien qu'il y ait des raisons de réfléchir à nouveau à cette lecture (v. les critiques de M. TALAMANCA, *Considerazioni sul* periculum rei venditae, dans *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VII [1996], pp. 217 sgg.). En particulier, je pense que l'existence d'une règle sur le *periculum venditoris ante traditionem* n'aurait pas imposé qu'il soit spécifié que *rem perire* désigne une perte par vol. C'est la raison de la perte, survenue avant l'exécution de l'obligation du vendeur de *possessionem tradere* qui conditionne la solution du juriste.

mobilière prêtée a fait l'objet d'un *furtum* ([31]). Le débat, l'extension et la précision de l'obligation de *custodiam praestare* à d'autres rapports contractuels (du commodat au louage, à la vente etc.) et à d'autres événements à éviter (de la fuite, au vol, au *damnum iniuria datum*) esquissent les étapes de l'histoire du *custodiam praestare*. Je crois que ce n'est que dans une telle perspective, que nous rendons justice aux témoignages dont nous disposons.

Le *custodiam praestare* devient, ensuite, une question dogmatique pour la *iurisprudentia* romaine elle-même, quand, au cours du IIème siècle ap. J.-C., suite à la perte du sens d'une formule technique qui avait ses racines dans le mode de *respondere* des juristes 'anciens', Neratius, Iulianus, Marcellus et Gaius cherchent à expliquer la relation qu'il y a entre l'activité de garde (*custodia* matérielle) que le mot évoque et l'effet particulier du *custodiam praestare* (*custodia* technique) (Ner. D. 19,1,31 pr.; Iul./Marc. D. 19,2,41; D. 50,16,9; Gai. 3,207; D. 19,2,40; D. 4,9,5 pr.-1) ([32]).

Dans ce mouvement d'idées, Marcellus joue un rôle très important par sa critique de Julien (D. 19,2,41; D. 50,16,9), qui

---

31) L'extension au vol est nécessaire depuis que le *custodiam praestare* s'applique aux choses inanimées, bien qu'il devait déjà avoir été reconnu pour le commodat des chevaux, peut-être en raison des difficultés de preuve qu'il y avait pour distinguer le vol de la fuite.

32) V. essentiellement les oeuvres de C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità in diritto romano I*, Milano (1966), pp. 61 ss.; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 28-30; 68-81; et de A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., pp. 108 ss.

permet d'augmenter les hypothèses couvertes par le *custodiam praestare*, par le biais de l'interprétation de l'activité de garde ([33]).

Dans mon livre de 1995, j'ai souligné le développement de la pensée de Gaius, depuis les *Institutiones* jusqu'à l'*ad edictum provinciale*, son effort de synthèse dicté par des exigences didactiques ([34]), qui prépare le terrain de la *regula* d'Ulpien contenue dans le D. 50,17,23 (voir *infra* 5.B), où tout le système de la responsabilité contractuelle est basé sur le binôme *dolus et culpa* et sur la règle *casus a nullo praestantur*.

4. Le débat des juristes du Ier siècle av. J.-C. - Ier siècle ap. J.-C.

A) Q. Mucius Scaevola et la règle du *culpam praestare*

La question historique et dogmatique posée par Q. Mucius Scaevola, étant donné la maturation dès le IIème siècle av. J.-C. d'un sens technique du verbe *praestare* par rapport à l'inexécution, est compliquée par l'état des sources qui citent directement le juriste. Nous devons malgré tout partir de ces sources, vu qu'elles existent, afin d'affronter par la suite la question fondamentale des livres de Pomponius *ad Q. Mucium*.

33) V. C.A. Cannata *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 73 ss.

34) Voir R. Cardilli, *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 486 ss.

D. 13,6,5,3 (Ulp. 28 *ad ed.*):

Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

Par Ulpien, nous savons qu'il existe une *sententia Q.i Mucii* en matière de commodat d'après laquelle l'objet normal de l'obligation de *praestare* du commodataire est la *culpa et diligentia*, alors que l'*omne periculum* est réservé au cas de la *res commodata* reçue *aestimata* ([35]).

Cette affirmation s'insère convenablement dans le tableau historique et lexical existant (P. Mucius dans le cas de la *dos* de Licinnia [D. 24,3,66 pr.] et Q. Mucius l'Augure [Cic. *de orat.*, I,24,113] utilisent le mot *culpa* en relation avec *praestare*; Q. Mucius lui-même donne une définition très importante de la *culpa* en matière de *lex Aquilia* [Paul. l.10 *ad Sab.* D. 9,2,31]) et elle semble confirmée, pour le commodat, par d'autres sources dérivant de l'oeuvre *ad Q.Mucium* de Pomponius (Pomp. l.21 *ad Q.Muc.* D. 13,6,23; Pomp. l.38 *ad Q.Muc.* D. 47,2,77 pr.). Nier l'importance du témoignage d'Ulpien serait, à mon avis,

---

35) Sur cette source récemment C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 156 ss.; pour la bibliographie plus ancienne voir *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 189 ss.

glisser sur la question historique et dogmatique posée par la source ([36]).

Si on approfondit le sens qu'il faut donner ici à *culpa*, il est impossible de ne pas tenir compte de l'information que nous fournit la matière de l'*ex lege Aquilia teneri* où, d'après Paul, Q. Mucius aurait dit: "*culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari possit*" (D. 9,2,31) ([37]). Si nous tenons compte de cette information, et que nous reconnaissons le sens particulier que prend la *culpa Gracchi* dans la *sententia* de P. Mucius (D. 24,3,66 pr.), nous pouvons saisir la portée innovatrice de la *culpa* chez Q. Mucius. Il n'est plus uniquement question d'une conduite commissive et directe, qui aurait causé la non-restitution, comme dans le *factum/culpa promissoris* des *veteres* en matière de *perpetuatio obligationis* du *dare oportere* (D. 45,1,91,3) et dans le *frangere* qui décrit la conduite à tenir en cas d'inexécution de l'obligation de restituer dans les formulaires contractuels du *de agri cultura* de Caton ('*locatio oleae legendae*' C. 144.5: *Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate*

---

36) En ce sens, récemment: L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato romano*, dans *Estudios Iglesias* I, (1988), p. 476 n. 42.

37) On reproche au *putator* de n'avoir pas pris les précautions adéquates, afin d'éviter que les branches ne tombent sur les passants ou que, n'ayant pu éviter autrement le *periculum*, il n'ait signalé le danger au tiers par voie de signalisation. En ce sens, v. S. SCHIPANI, *La responsabilità* ex lege Aquilia. *Criteri di imputazione e problema della* culpa, Torino (1969), p. 149; et récemment: G. VALDITARA, Damnum iniuria datum, dans *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener* (1994), p. 860.

fractae erunt) ([38]), où d'un reproche concernant la conduite non-dolosive qui a déterminé, même indirectement, la perte de la *res* due, comme dans le *responsum* de P. Mucius en matière de *dos* (D. 24,3,66 pr.).

La *culpa* chez Q. Mucius prend un autre sens, très important pour l'histoire juridique postérieure, qui passe par le modèle du *diligens*. Chaque fois que le débiteur défaillant ne s'est pas comporté comme un homme diligent, il est en faute.

L'importance et la nouveauté du passage sémantique dont Q. Mucius se fait le promoteur et qui est conditionné, sur ce point, par l'influence du modèle éthique de la Stoa, où le *diligens*, le σπουδαῖος, le *vir bonus* sont autant d'expressions désignant le *bene agere*, et où le jugement d'éloge ou de blâme dépend de la conformité de sa propre conduite à ces modèles ([39]).

Venons-en maintenant à la question posée par les commentaires de Pomponius 'à Q. Mucius'. Il est vrai que l'absence de toute monographie consacrée entièrement à cette oeuvre depuis DI MARZO ([40]) rend le propos plus difficile et moins sûr. Par une lecture rapide des fragments existants, nous pouvons nous arrêter à trois passages du Digeste: un en matière

---

38) V. R. CARDILLI, *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 73-75.

39) V. par ex. Chrys., *Stoicorum veterum fragmenta* (von ARNIM), III,43; III,96; III,97a; III,97; III,587.

40) *Saggi critici sui libri di Pomponio* 'ad Quintum Mucium', Palermo I-II (1899) [= le I[er] tome a été republié dans *Labeo* 7 (1961), pp. 218-246; pp. 352-383]; v. déjà Fr. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar (1961), p. 254 n. 2, qui souhaite un nouveau travail sur la question.

de *tutela-pro tutela*, le deuxième en matière de *negotiorum gestio* et le dernier en matière de vente.

En 1995, pour des raisons substantielles, j'ai attribué à la pensée de Q. Mucius: "*Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret*" issu de D. 27,5,4, "*si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes*" issu de D. 3,5,10 et "*cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore*" issu de D. 18,6,18. Conscient des risques et des approximations possibles, voire faciles que faisait courir un tel choix, je l'ai maintenu malgré tout, en raison du fait qu'il était nécessaire d'ouvrir une discussion sur ces renseignements, dans le but d'enrichir nos connaissances en la matière.

Dans le premier cas (D. 27,5,4) ([41]) la question est liée à l'histoire de l'Édit du Préteur et en particulier au développement — au cours des I[er] - II[ème] siècles ap. J.-C. — d'une action typique *pro tutore*, tendant à remplacer l'application en la matière de l'*actio negotiorum gestorum* ([42]). L'assimilation que l'on recherche dans le texte trahit précisément le fait que la protection juridictionelle n'a pas abouti à la standardisation de la situation du

---

41) V. les auteurs cités dans *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 203 ss., et n. 35.

42) L'*actio negotiorum gestorum* utilisée contre le *protutore* aurait subi des adaptations, même s'il ne s'agit pas nécessairement de celle de la *fictio* '*si tutor fuisset*' qu'O. LENEL, EP[3], pp. 310-311, a imaginée; v. H.H. SEILER, *Der Tatbestand der* negotiorum gestio *im römischen Recht*, Köln - Graz (1968), pp. 259-260; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*[2] cit., I, p. 367 n. 51, II, p. 233.

pro tutore. Elle remonte à une période antérieure à celle de Pomponius, et est le fruit d'un temps où l'édit ne protégeait pareille situation que par la seule *actio negotiorum gestorum*. En conséquence, il est possible que la réponse dont témoignent les livres *ad Q. Mucium* provienne de l'œuvre commentée.

Le juriste, auteur de la phrase " *Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret*" veut uniformiser le contenu du *praestare* du *gestor-pro tutore* et celui du *tutor*, en fonction des deux situations qui, bien que semblables du point de vue de la gestion des *negotia* du pupille, sont très différentes du point de vue de la protection juridictionelle, en raison du fait que le *iudicium tutelae* entre *pupillus* et *tutor* est infamant, contrairement au *iudicium negotiorum gestorum* entre *pupillus* et *pro-tutore*. C'est précisément cet effort d'assimilation, qui s'est poursuivi sans modification de l'édit, mais par la créativité de l'*interpretatio*, que le texte exprime ([43]). De plus, si nous tenons compte de ce que par l'*actio tutelae*, le *tutor* répondait de tous les actes contraires à son *officium* basé sur la *fides*, il faut clarifier le sens de *fidem praestare* dans un *iudicium bonae fidei*, comme celui de l'action *negotiorum gestorum*, qui ne pouvait évidemment pas être basée sur la *fides*-potestative entre *gestor* et *absens* ([44]).

Dans le *iudicium tutelae* c'est précisément l'inexécution de la *fides* qui a des conséquences infamantes. Il est donc possible

43) Le *fidem praestare* du tuteur est attesté par Cic., *top.*, 10,42.

44) V. L. LOMBARDI, *Dalla* 'fides' *alla* 'bona fides', Milano (1961), p. 83, 179.

d'imaginer que lorsque Q. Mucius étend le devoir de *fidem et diligentiam praestare* du *tutor* au *gestor-pro tutore*, il entend précisément rééquilibrer les conséquences infamantes qui peuvent découler de l'inexécution entre celui qui gère les *negotia* du *pupillus de facto* — alors qu'il n'est pas juridiquement son *tutor* — et le vrai tuteur. Cela pourrait être confirmé par le choix que fait le juriste en définissant positivement le contenu du *praestare*, usant pour cela de termes qui prennent un sens précis, si on les compare avec le *dolum et culpam praestare* du *negotiorum gestor*, règle déjà opérationnelle avant l'époque de Labéon.

Dans le deuxième cas (D. 3,5,10) (45) la source elle-même dit qu'il y a une règle plus ancienne (*dolum et culpam praestare*) à laquelle il peut être dérogé dans des cas particuliers (sur le *casum praestare* de Proculus, v. section D). Si nous confrontons le texte à D. 3,5,3,9, où Labéon dit que '*interdum*' le *gestor* ne répond que de son dol, "*si <gestor> affectione coactus*", nous pouvons conclure, avec une certaine assurance, que le *dolum et culpam praestare* du *gestor* est pré-labéonien. Pomponius part donc de la règle que les *XVIII libri iuris civilis* de Q. Mucius donnaient en la matière, pour rappeler la principale exception y afférent.

Dans le troisième cas (D. 18,6,18), en matière de *mora accipiendi* de l'acheteur, tant la question (déjà objet du débat de la *iurisprudentia* des IIIème - IIème siècle av. J.-C.: Cat. *de agri cult.* 148,6; et Sextus Aelius et Drusus: D. 19,1,38,1), que l'extension à l'hypothèse de Labéon, font penser que la règle initiale

---

45) Pour le débat sur les questions posées par le fragment, v. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 213 ss.

— peut-être résumée par Pomponius (*Illud sciendum est...*) (46) — était déjà présente dans l'oeuvre de Q. Mucius. Cette règle implique nécessairement que sans *mora accipiendi* de l'acheteur, le vendeur répond de *dolus et culpa.*

Cela ouvre, à mon avis, une perspective importante sur le rôle et la portée du *culpam praestare* chez Q. Mucius, qui tendrait à montrer à quel point il envahit — et trouve application — dans les différents rapports obligationnels. Ce n'est pas un hasard, que cette application soit attestée principalement dans les rapports obligationnels protégés par les *iudicia bonae fidei* (sur les quatre, il y en a au minimum trois) (47), dans la mesure où c'est précisément dans la *fides bona*, que le sens nouveau attribué par Q. Mucius à la *culpa*, mûri par l'interprétation de l'*iniuria* de la *lex Aquilia*, a trouvé un terrain fertile pour prendre racine.

B) SERVIUS SULPICIUS RUFUS ET SES *AUDITORES*: LA POSSIBILITÉ DE RECONNAÎTRE UN *VIM PRAESTARE* DU DÉBITEUR

La possibilité de considérer comme étant déjà acquis — pour certains rapports obligationnels — un *dolum et culpam praestare*

---

46) Ainsi S. DI MARZO, *Saggi critici* cit., II, p. 109.

47) Il n'y a pas d'accord entre les auteurs, pour savoir si la *formula* de l'*actio commodati* était — à cette époque — uniquement *in factum* ou aussi *in ius concepta*; v. sur ce point: P. ZANNINI, *Spunti critici* cit., pp. 70 ss.; ID., *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana*, dans *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, Milano (1990), II, pp. 173 ss.

du temps de Q. Mucius, permet d'envisager autrement la contribution de Servius et Labéon.

Ce n'est pas le lieu de revenir sur les questions strictement exégétiques, déjà abordées dans mon livre de 1995, mais je voudrais maintenant développer le côté plus strictement dogmatique.

Il ne fait aucun doute que Servius et ses *auditores* aient défendu des solutions concernant l'inexécution de l'obligation en termes de *culpa*, soit en tant que reproche à l'égard d'une conduite qui aurait concrètement pu être différente (*culpam praestare* du créancier gagiste; D. 13,7,30), soit en tant qu'éloignement du modèle de l'homme *frugi et diligens* en matière de vente (D. 18,6,12; v. aussi pour la *dos* D. 24,3,66 pr.).

La variante, si on veut, qui émerge avec force des *responsa* de Servius Sulpicius Rufus et de celles de ses *auditores* est cependant précisément l'existence de solutions recourant à des critères alternatifs à celui de la *culpa*, critères qui aboutissent carrément à reconnaître un *praestare* du débiteur même dans des hypothèses de *vis maior*, sans que l'on puisse parler de *culpa praecedens* et d'extension *ex pacto* de la responsabilité.

Dans D. 19,2,15,2 = PSI. 1449 verso ([48]), on peut reconnaître un *vim praestare* dans le contenu de l'*oportere ex fide bona*

---

48) *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori <hoc nomine> aliquid praestare debeat videamus. <et refert [Pomponius?]> Serviu[s]<m> omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere [ait] <existimasse>, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut*

du *locator* d'un fonds agricole, vu que jusqu'à la '*perceptio*' de la récolte par le *conductor*, le *frui praestare* du premier n'est pas considéré comme accompli. Cette conception de la jouissance du fonds agricole, aussi fortement centrée sur la productivité naturelle de la chose, est confirmée à la fois par Alf. D. 40,7,14 pr., où le juriste parle de *merces* payées *pro fructu fundi*, par la même L.15,2 *in fine*, où l'on dit que "*oportere agrum praestari conductori ut frui possit*", et enfin par l'interprétation de l'*antecessor* Stephanus, qui utilise le verbe καρπίζω: "δός μοι τὸν ἀγρόν, ἵνα αὐτὸν καρπώσωμαι"; sc.'Εμιστωσάμην ἀγρόν à πᾶσαν βίαν B. 20,1,15. Elle a ses racines dans le 'rapport d'appartenance' entre le bailleur, qualifié *dominus*, et les fruits non encore *percepti* par le *colonus* (la version la plus ancienne accentue précisément le statut socio-économique des parties, en termes de *dominus* et *colonus*, la plus récente vise les positions contractuelles et utilise les termes *locator* et *conductor*). Un tel *praestare* du bailleur-*dominus*, qui n'a pas pour conséquence qu'il puisse être libéré par la force majeure, même

---

herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit. V. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 87-88; l'interprétation de la réponse de Servius comme *iusta causa excusationis* a cependant été reproposée par DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari (1994), pp. 35-36 et nn. 25-26. Sur la question v. aussi R. CARDILLI, *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 241 ss.

dans le cas où aucun *pactum* explicite n'a été prévu, et même si une *culpa praecedens* est avérée, un tel *praestare* est complètement incompatible avec la *regula* que les Compilateurs affirmeront plus tard être une 'règle de droit ancien' (*ius antiquum*): *casus a nullo praestantur* (D. 50,17,23).

La même logique émerge, à mon avis, également d'autres sources, comme en matière de louage de choses non-frugifères. L'impossibilité de garantir la jouissance de la part du bailleur, en raison de travaux de restauration nécessaires sur la chose louée, l'oblige à restituer en tout ou en partie de la valeur de la *merces*; v. pour le bail d'une *insula*, D. 19,2,30,2-35 pr.; 27 pr. ([49]).

Il va de soi que je ne veux pas dire par là que l'inexécution due à une 'force majeure' ou à un 'cas fortuit' a les mêmes effets que la *culpa*. Cela signifie seulement que les deux questions sont ressenties par le jurisconsulte comme étant des questions qui peuvent trouver une solution unitaire dans les contenus possibles du *praestare*, en dehors de la distinction moderne entre *Haftung* et *Gefahr*, que nous devons aux Pandectistes ([50]), et qui se fonde

---

49) V. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 89-91. D'après cet auteur, bien que les conséquences dont le locataire est tenu en raison du non-usage de la chose louée soient différentes en fonction de la cause de l'inexécution (s'il était inévitable, le dédommagement est limité à la valeur du canon; s'il lui est imputable en raison de son dol ou de sa faute, c'est la totalité du dommage qui sera dû), "l'impostazione del discorso è sempre unica, ed è precisamente fatta in termini di determinazione delle obbligazioni del *locator*" (p. 91).

50) V. Fr. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, dans *Beiträge zur Obligationenrecht*, Braunschweig (1853), pp. 245 sg.; sur ce point v. aussi Chr. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, Köln - Wien (1970), pp. 118 ss.

essentiellement sur la *regula* du *dolum et culpam praestare* et du *casus a nullo praestantur.* Mais si l'on utilise cette dernière distinction comme catégorie euristique des *responsa* de cette période, c'est-à-dire à un moment où le principe n'est pas encore une règle, cela peut empêcher la compréhension de la conception du juriste romain ([51]).

Cela me semble découler clairement, en plus des fragments déjà signalés, d'un texte que je n'avais pas examiné dans mon travail de 1995:

Alf. *l. 3 dig. a Paulo epit.* (D. 19,2,30,1)

> *Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret.*

L'inexécution de l'obligation du bailleur-*balneator* de *lavationem praestare*, en raison d'un incendie, ne l'oblige pas moins à dédommager le locataire-*aedilis* de la valeur de la *merces* proportionellement au temps pendant lequel il n'a pas assuré la jouissance des *balneae* ([52]).

---

51) Pour ce type de considérations et pour une examen moins synthétique du durcissement de l'École Pandectiste, v. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 19 ss.

52) Le passage (qui ne fait pas l'objet de critiques interpolationnistes, v. *Index Interpolationum*) est souvent interprété en termes de *remissio mercedis* (v. par ex. A. WATSON, *The Law of Obligations*, Oxford [1965, rist. Aalen 1984], p. 115; H. ANKUM, *Remissio mercedis*, dans *RIDA* 19 [1972], p.

L'accentuation socio-économique du contenu de l'obligation du bailleur et du statut de 'propriétaire' par rapport à la *res locata*, dont il doit garantir le *frui* ou l'*uti*, a joué un rôle important dans l'extension des contenus du *praestare* au-delà de la *culpa*.

Peut-être aussi que la célèbre distinction des *genera rerum locatarum* (Serv.-Alf. D. 19,2,31) a été formulée pour étendre le devoir de *praestare* du *nauta*, par rapport à une *res locata in creditum ita*, à la force majeure. Le *nauta* n'est pas seulement obligé de transporter les choses d'un lieu à un autre et de les rendre, mais il doit également remettre au *locator*, dans le port d'arrivée, le *tantundem*. Il était donc de toute façon responsable de la perte, même fortuite, de la cargaison pendant le voyage (53).

Outre la logique du débiteur-*dominus*, il y a également d'autres critères que la *culpa* qui ont été utilisés par Servius et par ses *auditores*: par exemple l'imputation au *colonus* des 'périls' implicitement et naturellement inclus, soit dans le *colere*, c'est-à-dire dans l'activité agricole à laquelle il s'est engagé *ex contractu* (*vitia quae ex ipsa re oriuntur*; qui, du point de vue du

---

221; P.W. DE NEEVE, *Remissio mercedis*, dans *ZSS*. 100 [1983], p. 306), alors que la *contributio pecuniae* du bailleur, proportionelle au temps pendant lequel la chose ne peut être utilisée, est due à l'inexécution du *lavationem praestare*; v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma (1995²), pp. 158-159. Sur l'usage des magistrats municipaux, qui mettent gratuitement les 'bains' à disposition, v. *CIL*. 1, 1903.5: MUNICIPIBUS... LAVATIONEM IN PERPETUOM DE SUA PECUNIA DANT; *CIL*. 5, 6522: LAVATIONEM GRATUITAM.

53) Sur les délicates questions d'interprétation et sur les doutes qui entourent encore la source, v. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 269-276.

D. 19,2,15,2, constituent la limite du *praestare* du bailleur), soit dans l'organisation des hommes et des choses (la *domus colonica*, que nous devons entendre ici dans le sens d'*òikos* productif) dont il se sert pour cultiver le fonds pris en location (D. 19,2,30,4) ([54]).

L'extension du *praestare* à la *vis maior* peut également être la conséquence de motifs d'aggravation de la sanction contre les conduites du débiteur qui sont contraires à la logique contractuelle, et qui sont vues d'un œil très sévère. C'est le cas du créancier-gagiste qui, *sua auctoritate*, retient la chose qui fait l'objet du *pignus* sur la rive du fleuve, contre la volonté du débiteur ([55]). En pareil cas, la conduite du créancier va être

54) *Colonus villam hac lege acceperat, 'ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem': coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse*. La question que pose la *lex contractus*, conduit le juriste à une interprétation qui, d'une part, tend à accentuer la signification de *vis* dans le sens de 'force irrésistible et externe' à l'organisation d'hommes et de choses de la *domus colonica* comme unité productrice (pour cette signification de *domus*, voir R. SALLER, Familia, domus *and the Roman conception of the family*, dans *Phoenix* 38 [1984], pp. 336 ss.; ID., *La schiavitù e la famiglia romana*, dans *La schiavitù nel mondo antico*, a cura di M. FINLEY [1990], en particulier pp. 98-99), et d'autre part la considère comme cohérente par rapport à la *voluntas* des deux parties, mais plus en raison du *pacisci* que du *legem dicere*.

55) Une question d'interprétation est posée par le rapport entre l'expression *sua auctoritate* et la distinction faite par le *responsum* entre *invito ratiario* et *debitor sua voluntate*. L'hypothèse interpolationniste, d'après laquelle cette dernière variante aurait été insérée par les Compilateurs, dans la mesure où elle est inconciliable avec le *sua auctoritate* (ainsi G. BESELER, *Romanistische Studien*, dans T.8 [1928], p. 287), peut être repoussée si nous interprétons la prise de possession du créancier comme une acte unilatéral et dépourvu de l'*auctoritas* du magistrat; P. FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, dans *St. Betti* II, p. 438;

pénalisée: c'est en tout cas lui qui supporte le 'péril' d'une éventuelle destruction de la chose par la *vis fluminis*, ce qui revient à dire qu'il doit *vim maiorem praestare* (D. 13,7,30) ([56]).

Il y a également des *responsa* qui redistribuent le dommage réalisé 'en fonction de la bonne foi'. Par ex. dans le cas de la *labes facta* qui a detruit toute la récolte. Elle n'est pas considerée comme un cas de *vitia quae ex ipsa re oriuntur* parce que le *colonus* aurait déjà subi le dommage des semence perdues (D. 19,2,15,2) ([57]). Il en va de même pour la reconnaisance d'une obligation de *portionem damni praestare* des différents locataires

---

ID., *Le garanzie delle obbligazioni*, Padova (1963), pp. 241-243. Sur le fragment v. aussi W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, dans *ZSS*. 90 (1973), p. 154; A. BÜRGE, *Vertrag und personale Abhängigkeit im Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit*, dans *ZSS*. 97 (1980), p. 151. Pour une plus ample bibliographie, v. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 304-307.

56) *Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vim maiorem.*

57) Le juriste ne semble pas penser à cette hypothèse comme étant une hypothèse de *vis*, car il la considère comme une exception à la solution des *vitia* (*sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur*). Ayant fourni au juge des exemples utiles pour la distinction entre *vis* et *vitia*, il fallait également mettre en évidence un cas pour lequel la règle doit subir certaines adaptations, en raison de la *fides bona*; ainsi M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute*, dans *BIDR*. 92-93 (1989-1990), p. 883. Pour d'autres exemples de cas où Servius s'attelle à la tâche dialectique de l'intégration et du perfectionnement d'une règle ou d'une définition qu'il avait énoncée lui même, pour satisfaire à des sollicitations de la pratique, v. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*[2], Bari (1982), pp. 96-97.

en cas de *iactus mercium* pour sauver le bateau lui-même et le reste de la cargaison (D. 14,2,2 pr.) ([58]).

C) LABÉON: LE *DOLUM ET CULPAM PRAESTARE* ET L'IMPUTATION DU *PERICULUM*

Labéon confirme la règle du *dolum et culpam praestare*, en l'appliquant au vendeur (*...si modo sine culpa venditoris mortem <servi> obierit*; D. 19,1,13,22), au commodataire (*...unus ex his irruit in equum teque deiecit et 'eo casu' crura equi fracta sunt. Labeo negat tecum ullam actionem esse*; D. 9,2,57), au *locator* (*neglegentia <servi> mulus tuus perit... non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse...*; D. 19,2,60,7), au *conductor* (*si culpa caret non teneri*; D. 19,2,13,1; *eum teneri si culpa eius id fecit aedilis*; D. 19,2,13,8); et subsidiairement à l'*accipiens* d'une *res aliena* dans l'hypothèse des contrats que l'on appelle 'innommés' (*teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes...*; D.19,5,17,1; *...culpam eorum quibus custodiendum perferendumve dederis,*

58) *Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent...*; R. CARDILLI, *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 265-269.

praestare te oportere; D. 19,5,20,2) ([59]). Il reconnaît, comme nous l'avons déjà vu dans le § 3, l'obligatiuon de *custodiam praestare* du *fullo* et du *horrearius* en cas de vol des choses louées (D. 19,2,60,2; 60,9).

Il ne réduit cependant pas les questions liées à l'inexécution à la simple reconnaissance du *praestare*. C'est cela, à mon avis, l'innovation principale apportée par ce jurisconsulte. Il distingue, au sein de la prespective unitaire de l'*actione teneri* (comme 'responsabilité' ~ 'répondre de' dans le sens de soumission à l'action du cocontractant en cas d'inexécution imputable) ([60]), le *praestare*, ayant comme unique et possible contenu le dol, la faute ou la *custodia*, et les critères d'imputation qui ne sont pas réductibles à ces concepts.

En particulier, le débiteur serait de toute façon soumis à l'action du créancier, mais celle-ci ne serait pas basée sur la reconnaissance de son *praestare*. Par exemple, quand l'exécution de l'obligation suppose le recours à une organisation complexe d'hommes et de choses (pour construire des aqueducs, transporter des marchandises par mer etc.), on accentue l'imputabilité des 'périls' liés à l'activité et à l'organisation en

---

59) Sur les questions d'interprétation v. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 327-331 (D. 19,1,13,22); pp. 316-319 (D. 9,2,57); pp. 359-362 (D. 19,2,60,7); pp. 353-357 (D. 19,2,13,1); pp. 357-359 (D. 19,2,13,8); pp. 377-382 (D. 19,5,17,1); pp. 388-393 (D. 19,5,20,2).

60) G. PUGLIESE, Actio *e diritto subbiettivo*, Milano (1939), pp. 294 ss.

question, sans vérifier si le débiteur a commis une faute ou non (D. 19,2,62 (61); D. 14,2,10 pr. (62)).

Ainsi, lorsque l'initiative contractuelle (*rogatio*), qui reflète la prépondérence de l'intérêt économique à la conclusion de l'affaire, donne naissance à un rapport juridique qui ne peut être réduit à aucun des contrats 'nommés', c'est le '*rogans*' qui supporte la perte de la chose, en tant que 'péril' implicite de l'initiative entreprise (D. 19,5,17,1 (63); cfr. également D. 13,6, 5,14).

---

61) *Si rivum quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est.* V. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 337 ss. Récemment C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), p. 82 et n. 53, a parlé de "rischio d'impresa", qui doit être considéré comme "una responsabilità per colpa-imperizia ovvero per difetto dell'organizzazione imprenditoriale, misurata su quella ideale dell'imprenditore-modello". Sur ces questions, en relation aux liens entre droit romain et codes modernes, v. R. CARDILLI, *Un 'diritto comune' in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanista*, en cours de publication dans *Rivista Dir. Civile*.

62) *Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur.* V. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 347 ss.

63) *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum est? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, et dolum et culpam mihi praestes...*

La subsidiarité de l'application de la règle du *dolum et culpam praestare*, par rapport à la charge du 'péril', est essentielle. La première entre en jeu seulement si l'on ne peut trouver la *rogatio* d'une des deux parties, mais que la livraison des *margarita aestimata* en question soit simplement l'effet de l'accord réciproque et concomitant des parties. Sur la nature de l'acte juridique 'atypique': *datio ad inspiciendum* (ainsi R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, dans *AUPA*. 37 [1983], pp. 119-120) ou *aestimatum* (M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra* 'conventio' *e* 'stipulatio' *fino a Labeone*, dans Contractus *e* pactum. *Tipicità e libertà*

Quand il n'est pas possible de trouver une *culpa* du débiteur, ou une *vis*, c'est-à-dire une 'force externe imprévisible' (*contra consuetudinem* dit Labéon dans D. 18,1,78,3), parmi les facteurs qui ont causé l'inexécution, mais qu'il existe un lien 'causal' entre la conduite du débiteur et l'événement ([64]), on admet malgré tout l'*actione teneri ex contractu* du cocontractant (D. 19,2,57 ([65]); 11,4 ([66])).

---

negoziale nell'esperienza tardorepubblicana, *Atti Copanello* [1988], pp. 90-91; F. GALLO, Synallagma *e* conventio *nel contratto*, I, Torino [1992], pp. 201-202).

64) Sur la question des *causae* chez Labéon, D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht*, dans *Festschr. Wieacker (70. G.)*, pp. 132 ss.; ID., *Causa mortis*, München (1986), pp. 44-45, pp. 162 ss.

65) *Qui domum habebat, aream iniunctam ei domui vicino proximo locaverat: is vicinus cum aedificaret in suo, terram in eam aream amplius quam fundamenta caementicia locatoris erant congessit, et ea terra adsiduis pluviis inundata, ita parieti eius qui locaverat umore praestituto madefacto, aedificia corruerunt. Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed umor ex ea congestione postea damno fuerit, damni autem iniuriae actio ob ea ipsa sit, per quae, non extrinsecus alia causa oblata, damno quis adfectus est: hoc probo.* V. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 362-367.

66) *Inter conductorem et locatorem convenerat, ne in villa urbana faenum componeretur: composuit: deinde servus igne illato succendit. ait Labeo teneri conductorem ex locato, quia ipse causam praebuit inferendo contra conductionem.*

Pour C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 63-65, bien que "L'esistenza del limite contrattuale introduce dunque un criterio d'imputazione diverso da quello dell'imperizia e della negligenza", il s'agirait "pur sempre di un caso di responsabilità per colpa, perché il limite funziona come elemento per la costruzione del modello sul quale deve misurarsi la correttezza o la riprovevolezza del contegno della parte". Il ne fait aucun doute que dans le cas précis du contrat visé ici, le fait de "ramasser le foin" était une conduite illicite; il me semble cependant que de ce texte, on peut tirer que Labéon ne qualifie pas cette conduite illicite de *culpa*, mais

Du point de vue lexical également, cette logique utilise une expression typique telle que *periculum alicuius est, periculum ad aliquem spectat* etc.

La possibilité que l'obligation de *praestare* soit étendue au-delà du dol, de la faute et de la *custodia* n'est envisageable que s'il y a un accord entre les parties, comme dans le cas du *vim aut tempestatem praestare* de D. 18,1,78,3 ([67]).

Labéon est donc à la croisée de la consolidation de la règle et de l'ouverture vers un modèle alternatif à cette même règle. Du premier point de vue, la limitation du *praestare* au *dolus*, à la *culpa* et à la *custodia* fixe les fondements du modèle classique, qui atteindra sa pleine maturation par le biais de l'école Sabinienne.

Du deuxième point de vue, en revanche, la répartition du 'péril' contractuel selon des critères faisant abstraction de la *culpa*, est incompatible avec la règle de D. 50,17,23, où le *praestare* ne peut pas couvrir d'événements fortuits. C'est un modèle plus élastique et plus conforme aux nouvelles exigences économiques, d'après lesquelles il n'est plus nécessaire que le

---

qu'au contraire, la motivation avancée du *teneri conductorem ex locato* est claire: le *conductor* est tenu parce que celui qui a ramassé le foin à l'encontre de ce qui avait été établi par le contrat, a donné lieu à la '*causa*' du dommage (*quia ipse 'causam praebuit' inferendo contra conductionem*).

67) *Frumenta quae in herbis erant cum vendidisses, dixisti te, si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum: ea frumenta nives corruperunt: si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi teco ex empto poterit.* V. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 331 ss.

débiteur non-propriétaire ne doive pas répondre en cas de force majeure ou de cas fortuit.

Labéon représente un moment particulier et est, comme nous venons de le voir, isolé dans la voie qu'il a prise. Dans la jurisprudence subséquente, il ne sera suivi que par les premiers Proculiens. Cela ne doit cependant pas nous surprendre, dans la mesure où un modèle aussi complexe, mêlant des règles et des *rationes decidendi* aussi diverses, rencontre généralement une grande résistance dans la pratique.

D) Les premiers Proculiens

Le tableau esquissé jusqu'ici nous amène maintenant à valoriser les rares témoignages — qui n'en sont pas pour autant moins significatifs — des premiers représentants de l'école Proculienne, en matière d'inexécution. Sur ce point, il me paraît particulièrement remarquable — et il n'en est pas toujours tenu compte — qu'en particulier pour Proculus et Nerva, les sources que nous possédons nous montrent une continuité par rapport au modèle de Labéon.

Nerva en particulier, dans D. 12,1,11 pr. ([68]), est parfaitment d'accord avec la règle de Labéon sur la répartition du 'péril' en

68) *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam:*

fonction du critère de la *rogatio*. Dans le cas de *datio ad vendendum ut pretium utereris*, jointe à une demande de *mutuum* insatisfaite en raison du manque de liquidités, la perte par cas fortuit (*si lancem vel aurum sine tua culpa perdideris*) des choses *nec venales* est supportée par le debiteur, conformément au critère de l'initiative contractuelle (*rogasti me*).

Dans D. 3,5,10 (11) ([69]), Proculus nous dit qu'il faut parfois (*interdum*) reconnaître un *casum praestare* du *negotiorum gestor*, par exemple lorsque le *gestor* a conclu des contrats qui ne correspondent pas aux habitudes de l'*absens* (*novum negotium quod non sit solitus absens facere*). La dépréciation de ce témoignage, qui résulte de son interprétation dans le sens de *culpa praecedens*, est, à mon avis, conditionnée par le modèle de D. 50,17,23. Il faut au contraire admettre que la logique qui sous-tend cette solution, est fondée sur un critère objectif (le domaine des négociations de l'*absens*), et exprime une conception selon laquelle le *praestare* consécutif à l'inexécution

---

quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi. V. R. CARDILLI, *Il* periculum *e le* usurae *nei giudizi di buona fede*, (testo dell'intervento al convegno "Usura ieri e oggi" Foggia, Aprile 1995), Ercolano (1996), pp. 16-21.

69) *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere <ait>, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo.*

E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma (1958), p. 215, pense à un cas d'"epidemia causata dagli schiavi *novicii*". V. pour la bibliographie ultérieure *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 398 ss.

de l'obligation, contenant normalement la *culpa* (v. Proc. D. 3,5,17; D. 18,1,18 pr.), peut être étendu, sans *pactum* ou *culpa precedens*, au 'cas fortuit'.

Du point de vue de la terminologie, la solution montre également que Proculus ne suit pas la distinction labéonienne entre *praestare* et *periculum*, en raison du fait que le *praestare* redevient — comme il l'avait été dans le *respondere* de la jurisprudence pré-labéonienne — le concept de référence unitaire, pour justifier l'*actione teneri* en cas d'inexécution.

Si nous tenons compte de la *regula* que les Compilateurs s'approprient (D. 50,17,23; cfr. D. 13,6,5,2-4; C. 4,24,6), et par laquelle tout le matériel classique a été recueilli, pesé et filtré, ces témoignages et ces cohérences ne me semblent pas insignifiants. Bien sûr, il s'agit de tirer d'éléments divers et de textes particulièrement complexes du point de vue historique, le fil d'un discours qui exprime un modèle alternatif et qui est perdant sur le plan du système, en particulier pour la projection *in omne aevum* des concepts *dolus, culpa, diligentia, casus*, et des *regulae* (*culpam praestare ~ casus a nullo praestantur*). Je pense cependant qu'il ne faut pas sous-évaluer la récupération de positions divergentes et de logiques alternatives dans la *iurisprudentia* romaine, sur lesquelles il est opportun d'ouvrir un débat, en raison des perspectives historiques et dogmatiques que nous ouvrons, à l'intérieur d'un système issu de la tradition Romaine, qui, aujourd'hui, s'interroge sur les limites et les possibilités alternatives au principe de la faute.

5. LA *REGULA* CLASSIQUE

A) DE SABINUS À CELSE ET JULIEN

Historiquement, le modèle dominant dans la Compilation de Justinien est celui de Sabinus. La ligne de développement qui concorde avec le contenu de Ulp. *ad Sab.* D. 50,17,23, cohérent en substance (70) avec Ulp. *ad ed.* D. 13,6,5,2-4; C. 4,24,6; Mod. Coll. 10,2,1, indique la maturation d'un *praestare* construit sur le binôme *dolus-culpa* et limité, au début, à la *vis* (Sabinus) et depuis, avec Julien, aux 'cas fortuits'.

L''idéologie' qui soutient ce puissant courant d'idées passe par les concepts de *natura, fides bona* et *aequitas*. *Natura*: parce qu'il est conforme à l''ordre naturel des choses' (71) de lier le débiteur à un effort d'exécution limité aux 'forces' irrésistibles et externes. *Fides bona* et *aequitas*: dans la mesure où un tel *vinculum iuris* est conforme à la 'bonne foi' et parce qu'il est 'équitable' de préférer cet 'ordre naturel' à un modèle qui, au contraire, impute aussi l'inexécution fortuite au débiteur. Dans ces cas, quand il y a inexécution en raison d'une 'force majeure' ou d'un 'cas fortuit', ce n'est plus à l'*obligatio* et à son contenu

---

70) Sur les distinctions formelles, v. F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione. Alle scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale*, Bari (1983) I, pp. 33 ss.; pp. 43 ss. ("interventi di Giustiniano"); pp. 47-48 ("residui storici"); S. TAFARO, Regula *e* ius antiquum *in D. 50,17,23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bari (1984), I, pp. 91 ss.

71) Pour ce sens v. W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, dans *ANRW*. II.15 (1976), pp. 163-173.

de fournir une réponse, mais bien à des éléments externes au rapport obligationnel, tel que la propriété de la chose perdue.

Il semble alors se profiler chez les prédécesseurs de la *secta* Sabinienne, la cohérence d'une limite similaire, qui imposerait de restreindre l'imputation de l'inexécution à l'exécution 'possible', non empêchée par la 'force majeure' (*terrae motus - vis naturalis;* D. 19,2,59 ([72]); *mors hominis - interitus naturalis;* D. 16,3,14,1 ([73])). Au-delà de cette limite, l'*obligatio* n'exerce plus son *vinculum iuris*, et on doit faire supporter la charge du dommage au *dominus rei*.

Cette interprétation, qui du point de vue conceptuel est conforme à la tradition, nous fournit une règle très synthétique (telle que doit l'être une '*regula*' dans l'esprit de Sabinus; D. 50,17,1) et extrêmement facile à appliquer par les tribunaux. Celle-ci s'impose inévitablement en tant que *communis opinio* dans la jurisprudence dès le II[ème] siècle. Cette dernière se focalise

---

72) *Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.* V. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 416 ss.

73) *Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.*

L'*interitus naturalis* est à charge, selon l''équité', de l'acteur-*dominus* en raison du fait que la chose aurait de toute façon péri, si elle lui avait été livrée au moment de la *litis contestatio*. Sur les questions posées par le fragment en rapport à l'action v. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 422 ss.; et M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln - Weimar - Wien, (1995), pp. 60-61 n. 275.

toujours plus sur les 'concepts', c'est-à-dire sur la dogmatique existante, plutôt que sur la 'règle' à appliquer, laquelle n'est plus à discuter. C'est bien là, la différence de perspective qui se dessine entre la jurisprudence jusqu'à Sabinus et celle du IIIème siècle.

Neratius s'occupe de la *custodia* (D. 19,1,31 pr.) ([74]), Celse du *dolus, culpa latior, culpa-imperitia, damnum fatale* (D. 16,3, 32 pr.; D. 19,2,9,5; D. 17,2,52,3) ([75]), Julien des 'cas fortuits' (D. 16,3,1,35) ([76]) et de la *custodia* (D. 19,2,41; D. 50,16,9).

Il est désormais acquis, comme unique contenu possible de *praestare*, de recourir à *dolus*, *culpa diligentia*, *custodia*, à l'exclusion des 'cas fortuits' (très importants sont les passages chez Celse D. 13,6,5,15: *...et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere*; D. 17,2,52,2-3: *...dolum et culpam praestare ... damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare*; et chez Julien D. 16,3,1,35: *...non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos*).

Nous avons posé les fondements de la *regula* de D. 50,17,23.

---

74) *Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit.*

75) Sur Celse et le contenu du *praestare*, v. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 433-467.

76) V. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 469 ss.

B) LA *REGULA* DE D. 50,17,23 COMME *REGULA IURIS ANTIQUI*

Dans mon travail de 1995, j'ai motivé le limite historique de ma recherche à Gaius, parce qu'il me semblait (et il me semble toujours) que pour les époques ultérieures, en particulier pour la jurisprudence de l'époque des Sévères, pour le droit postclassique, pour la Compilation de Justinien et pour le droit byzantin, les résultats obtenus par la doctrine sont solides et peuvent être partagés ([77]).

Ce qui est particulièrement convaincant, c'est l'affirmation d'après laquelle la *regula* de D. 50,17,23 ([78]) reflète — en substance — le *ius antiquum* ([79]), tant au vu de l'interdiction du *pactum 'ne dolo praestetur'*, qu'au vu du binôme dol-faute et du

---

77) A ces différentes époques, sont dediées certaines monographies ou parties de celles-ci: D. NÖRR, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*, München (1969); F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto della grande Compilazione* cit., I (parte generale: regola e concetti); II (singoli contratti); S. TAFARO, Regula *e* ius antiquum cit., en particulier à propos de D. 50,17,23 en relation avec D. 13,6,5,2-4, et Coll. 10,2,1; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 143 ss.

78) *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit... animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*

79) En ce sens, S. TAFARO, Regula *e* ius antiquum cit., pp. 307 ss. (conclusioni). Il reste cependant des doutes sur la forme, qui pourrait n'être que le résumé du texte original d'Ulpien.

principe *casus a nullo praestantur*. De nombreux arguments ont été examinés par des monographies — ou des chapitres de celles-ci — expressément dédiées à ce problème. Les ressemblances constatées avec Ulp. *ad ed.*, D. 13,6,5,2-4 ([80]) et avec Mod. dans *Coll.* 10,2,1 ([81]) éclaircissent — à mon avis de manière convaincante — le rôle et l'importance de la *regula* dans le droit du III[ème] siècle ap. J.-C.

Nous devons également constater la même cohérence de ce modèle avec le rescrit des empereurs Sevère et Antonin, de 225:

C. 4,24,6

Quae fortuitis casibus accidunt cum praevideri non potuerant, in quibus etiam adgressura latronum est, nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi causa interierunt, praestare non compellitur nec a petitione debiti submovetur, nisi inter

---

80) 2. *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus:...sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.*

3. [v. *supra*, p. 101].

4. *Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur...*

81) *Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur...*

contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.

Le problème qui est à l'origine de la *quaestio*, est celui de la perte par rapine du bien faisant l'objet d'un gage. On demande si le créancier peut en être tenu, et si cela peut également avoir une incidence sur les actions relatives à la dette garantie ([82]).

Le rescrit fixe la 'règle' à appliquer: dans les *iudicia bonae fidei* on n'est pas tenu des 'cas fortuits', parmi lesquels il y a aussi l'*adgressura latronum*. En conséquence, puisque le gage fait partie des *iudicia bonae fidei*, le créancier n'est pas tenu de la perte fortuite de l'objet du gage et garde toutes ses actions pour la créance garantie, pour autant qu'il n'y ait pas d'accord contraire. Le cheminement logique poursuivi par la Chancellerie impériale des Sévères est très intéressant (cas - *regula* - solution), car elle prouve avec certitude l'existence de la *regula* et son applicabilité à tous les *iudicia bonae fidei* (*Quae fortuitis casibus accidunt..., nullo bonae fidei iudicio praestantur*).

La comparaison substantielle et terminologique entre D. 50,17,23, D. 13,6,5,2-4 et C. 4,24,6 permet, avec une certaine assurance, de comprendre la portée de l'effort accompli par Ulpien pour synthétiser la règle des Sabiniens.

---

82) Sur le rescrit v. par ex. M. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand*, dans *SDHI.* 45 (1979), p. 71 et n. 245; ID., 'Furtum pignoris' *e* 'furtum fiduciae', dans *ZSS.* 99 (1982), p. 254 et n. 31; H. ANKUM, Furtum pignoris *und* furtum fiduciae *im klassischen römischen Recht (I)*, dans *RIDA* 26 (1979), p. 135.

Le point qui me semble le plus significatif est la différence qu'il y a entre d'une part, le modèle de responsabilité contractuelle de Celse et Julien, entièrement axé sur le dol, la faute, la diligence et la *custodia*, et d'autre part celui d'Ulpien et Modestin, centré sur le binôme *dolus-culpa*. C'est l'attraction progressive du *custodiam praestare* vers le *culpam praestare*, par le biais du concept de la *diligentia* qui occupe la *iurisprudentia* de cette période. Marcel et Gaius, chacun par ses propres développements, nous donnent les éléments de ce passage, qui, au début, n'était que nominal, mais essentiel pour que devienne inexorable la disparition de l'ancien sens de *custodiam praestare*.

De cela, nous pouvons trouver un témoignage chez Ulpien ([83]), quand en matière de commodat (D. 13,6,5,5-6;9), il interprète de manière ponctuelle le *custodiam praestare* des *veteres* dans le sens d'une *custodia diligens*. Il n'y a pas encore une modification substantielle des conséquences du vol ou de l'endommagement de la chose prêtée, pour lesquelles le commodataire reste tenu, même s'il n'a pas commis de faute (v. Ulp. au D. 13,7,13,1). On constate cependant déjà une attraction de la logique de l'imputation de la *custodia* technique dans le domaine de la *culpa* ([84]).

Si l'on compare cette donnée avec le fait que, dans les nombreux textes d'Ulpien où l'on trouve la formule *custodiam*

---

83) En sens contraire M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, dans *Atti seminario problematica contrattuale*, I, (1988), p. 115.

84) V. les précisions de C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 180-181.

praestare, celle-ci peut se justifier par le contexte historique et dogmatique du fragment ([85]), on comprend mieux la mesure de l'évolution en cours. En effet, quant au fond *custodiam praestare* est encore une responsabilité sans faute, mais le changement de perspective facilitera la mutation postclassique vers un *custodiam praestare* constituant une obligation particulière de diligence.

6. CONCLUSIONS

La 'règle' classique et les concepts qu'elle contient, sont projetés *in omne aevum* par la Compilation de Justinien, et réalisent, jusque dans les codifications modernes, une évolution d'une rare continuité.

Les questions abordées par la science juridique des siècles couverts par mon affirmation se concentrent sur les concepts (*culpa, diligentia, casus*). Elle élabore de nombreuses distinctions et précisions, sans pour autant toucher à la règle elle-même ([86]).

85) On cite explicitement les *veteres* dans D. 13,6,5,5 et D. 13,6,5,9; Celse dans D. 13,6,5,15; et peut-être dans D. 17,2,52,3 (où le *c.p.* n'est certainement pas d'Ulpien, vu le *Haec vera sunt...* qui suit; v. *L'obbligazione di* praestare cit., pp. 454 ss.), et avec Julien dans D. 47,2,14,pr.-1; 14,10; Jul. D. 16,3,1,35; D. 47,10,14,10. La formulation revient également dans les fragments extraits des commentaires *ad Sabinum*, en matière d'extension analogique du *c.p.* du commodataire à l'*inspector* (D. 13,6,10,1); de *c.p.* du vendeur (D. 18,6,1,1; texte parallèle dans Paul. *ad Sab*. D. 18,6,3); de *c.p.* du *fullo* (D. 47,2,12); ou en relation à une hypothèse qu'Ulpien, contrairement à Labéon, considère comme un commodat (D. 13,6,5,14).

86) Sur ces questions v. D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milano (1957), passim; H. DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt am Main (1960), pp. 17 ss.; pp. 90-108; pp. 185;

La première réelle rupture avec la tradition du *Corpus Iuris* est due au *Code Napoléon* (1804), qui codifie le concept de "*cause étrangère qui ne peut lui être imputée*" (art. 1147) ([87]). Cette formule a été à l'origine de grands débats, tant en France que dans les autre pays qui ont suivi l'exemple de ce Code (par ex. "causa esterna non imputabile" art. 1222 Cc. it. del 1865; "causa non imputabile" art. 1218 Cc. it. del 1942).

La codification allemande suit également une nouvelle dogmatique, celle de la "*Unmöglichkeit*" (§ 275) élaborée par Fr. MOMMSEN et B. WINDSCHEID. Le sens de ce mot est interprété dans une optique 'naturaliste', et modifie la logique du raisonnement en matière de responsabilité contractuelle: il n'est plus question d'imputation de l'inexécution (comme c'est encore

---

H.J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, Berlin (1968), pp. 35 ss.; M. TALAMANCA, *Colpa civile. a) Diritto romano e diritto intermedio*, dans *ED*. VII (1960), pp. 517 ss.; I. BIROCCHI - U. PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)*, dans *ED*. XXXIX (1988), pp. 1060 ss.; A. DOLL, *Von der* vis maior *zur höheren Gewalt*, Frankfurt a.M. - Bern - New York - Paris (1989), pp.135 ss.; v. aussi R. CARDILLI, *Un 'diritto comune' in materia di 'responsabilità contrattuale'* cit.

87) La formule, que l'on ne trouve pas chez DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, edizione Paris (1771), I, Livre I, Titre I, Section, III, n. 8 e 9, p. 20, ni chez POTHIER, *Traité des Obligations*, en *Oeuvres*, a cura di M. BUGNET, Paris (1848), I, pp. 95 ss.; ID., *Pandectae Justinianeae, in novum ordinem digestae*, edizione Paris (1820), V, p. 173, fait sa première apparition dans le *Projet de la Commission du Gouvernement* de l'an VIII, par TRONCHET, BIGOT-PRÉAMENEU, PORTALIS et MALLEVILLE; P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris (1827; réimpression Osnabrück 1968), XIII, pp. 55-56. Sur la question v. C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi*, dans *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.* 35 (1981), pp. 998-999 e n. 34; et R. CARDILLI, *Un 'diritto comune' in materia di 'responsabilità contrattuale'* cit., § 3. A.

le cas dans le Code Napoléon, art. 1147), il s'agit d'imputer l'impossibilité survenue. La modification n'est pas mince, en particulier dans la mesure où cette "impossibilité" nouvellement définie perd tout lien avec l'effort fourni par le débiteur dans le cadre de l'exécution de son obligation.